

Qui contrôle la constitutionnalité des lois, les cours supérieures ou les tribunaux administratifs?

Patrice Garant

Volume 30, numéro 1, 1989

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042940ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/042940ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Résumé de l'article

L'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* consacre la suprématie de la Constitution, dont fait partie la Charte, mais ne dit pas qui statuera sur la validité des lois inconstitutionnelles ou contraires à cette Charte. Le contrôle de la constitutionnalité appartient-il en exclusivité aux cours supérieures, héritières des cours royales de common law, ou à tout tribunal inférieur, y compris les tribunaux administratifs de toute catégorie. La question est actuellement débattue devant la Cour fédérale d'appel. Il existe deux thèses qui s'opposent. Il importe de les étudier à la lumière des principes fondamentaux de notre droit constitutionnel, notamment celui de la séparation des pouvoirs.

Citer cet article

Garant, P. (1989). Qui contrôle la constitutionnalité des lois, les cours supérieures ou les tribunaux administratifs? *Les Cahiers de droit*, 30(1), 189–220. <https://doi.org/10.7202/042940ar>

Qui contrôle la constitutionnalité des lois, les cours supérieures ou les tribunaux administratifs ?

Patrice GARANT *

L'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982 consacre la suprématie de la Constitution, dont fait partie la Charte, mais ne dit pas qui statuera sur la validité des lois inconstitutionnelles ou contraires à cette Charte. Le contrôle de la constitutionnalité appartient-il en exclusivité aux cours supérieures, héritières des cours royales de common law, ou à tout tribunal inférieur, y compris les tribunaux administratifs de toute catégorie. La question est actuellement débattue devant la Cour fédérale d'appel. Il existe deux thèses qui s'opposent. Il importe de les étudier à la lumière des principes fondamentaux de notre droit constitutionnel, notamment celui de la séparation des pouvoirs.

Section 52 of the Constitutional Act of 1982 confirms the rule of Law and the supremacy of the Charter, but does not say who will deal with the control of the constitutional validity of legislations, namely those inconsistent with the Charter. Does constitutional judicial review belong exclusively to section 96 superior courts, inherited from royal courts of common law or to any inferior court or tribunal, including administrative boards or tribunals? The question is actually debated before the Federal Court; two theses have their supporters. It is important to appreciate them in light of the fundamental principles of our Constitutional Law, namely the separation of powers.

* Professeur titulaire, Faculté de droit, Université Laval, avec la collaboration de Sylvain Lepage, auxiliaire de recherche.

	Pages
I. La situation à l'ère de la Charte	191
1.1. Le concept « d'inopérabilité »	191
1.2. Les positions respectives des tenants des deux thèses	193
1.2.1. La thèse interventionniste	193
1.2.2. La thèse non interventionniste ou abstentionniste	199
2. Les arguments fondamentaux favorables à une solution logique et cohérente	202
2.1. La théorie de la séparation des pouvoirs	202
2.2. La <i>Loi constitutionnelle de 1867</i> et le contrôle de la validité constitutionnelle des lois	204
2.2.1. Les fondements du contrôle judiciaire de constitutionnalité au Canada	204
2.2.1.1. La théorie du pouvoir « usurpé »	204
2.2.1.2. La thèse de la continuité historique	205
2.2.1.3. Conséquences de l'adoption de l'une des théories	207
2.2.2. L'accueil réservé par la jurisprudence à ces théories	207
2.3. L'origine de la reconnaissance d'une capacité d'adjudication constitutionnelle aux instances inférieures	213
2.3.1. Les tribunaux inférieurs avant juridiction pénale	213
2.3.2. Les tribunaux inférieurs ayant juridiction civile	214
Conclusion	217

Certains ont sursauté, notamment tout récemment, dans plusieurs affaires soumises à la Cour fédérale d'appel et, au Québec, au Tribunal du travail. Dans les arrêts *Zwarich*, *Vincer*, *Bibi Alli*, *Terminaux portuaires du Québec* et *Tétreault-Gadoury*¹ les membres de la Cour fédérale d'appel ont souligné, de façon certes plus ou moins adroite, la gravité de la question : un tribunal administratif est-il l'instance valablement constituée pour statuer sur la constitutionnalité des lois ? Cette question en rejoint une plus fondamentale : ne s'agit-il pas là d'un empiètement sur l'une des attributions essentielles des cours supérieures ?

1. *Zwarich c. Canada (Procureur Général)*, [1987] 3 C.F. 254; *P.G. Can. v. Vincer*, (1988) 46 D.L.R. (4th) 165; *P.G. Can. c. Bibi Alli*, C.F.A. A 670-81 du 9/5/88; *Terminaux portuaires du Québec c. Ass. Employeurs maritimes*, C.F. A-1080-87 au 11/8/88 (requête pour autorisation de pourvoi en Cour suprême refusée 20/10/88); *Tétreault-Gadoury c. Comm. Emploi et Imm. Can.*, C.F.A. A-760-86 du 23/9/88; aussi des arrêts *Nixon et Comm. Emploi et Imm. Can.* C.F.A. A-649-86 et 728-86 du 14/12/87; *P.G. Can. c. Sirois*, C.F.A. A-559-86 du 24/6/88.

Dans quelques études parues récemment des auteurs se sont interrogés sur l'état du droit et de la jurisprudence ² alors que la Cour suprême n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer, ce qui ne devrait pas tarder ³. Nous nous proposons de revoir les fondements mêmes du contrôle de constitutionnalité des lois et de vérifier quel est le degré possible d'implication des juridictions inférieures et administratives dans l'exercice de cette fonction de contrôle.

D'autres ont étudié quelle était la situation avant l'avènement de la Charte. Avec la Charte, nous aborderons les arguments nouveaux invoqués au soutien d'un élargissement des attributions des tribunaux administratifs en matière constitutionnelle. Enfin, nous nous demanderons si cette situation est acceptable au regard des principes fondamentaux de notre Droit constitutionnel.

I. La situation à l'ère de la Charte

L'adoption des Chartes par nos législateurs, surtout celle de la Charte canadienne, a-t-elle modifié la situation claire obscure que nous venons de décrire? Ce qui est certain c'est que les litiges constitutionnels se sont multipliés devant toutes les instances, depuis la Cour suprême jusqu'au plus simple tribunal administratif. Certains de ces derniers ont été assaillis de demandes inusitées jusqu'alors. S'est soulevé dans divers milieux « la question » : un tribunal administratif est-il le forum adéquat pour statuer sur la constitutionnalité des lois? On a partagé les opposants en deux écoles : celle de la thèse interventionniste et celle de la thèse non interventionniste. Avant d'étudier en détail les positions respectives des deux camps il importe d'aborder une notion mise en lumière par la *Loi constitutionnelle de 1982*.

1.1. Le concept « d'inopérabilité »

Jusqu'en 1982, dans le discours constitutionnel on utilisait le concept « d'invalidité » ; même lorsqu'on parle de constatation inconstitutionnalité on semble vouloir dire déclaration d'invalidité ; de toute façon, le débat sur la

2. PÉPIN, G., « La compétence des cours inférieures et des tribunaux administratifs de stériliser pour cause d'invalidité ou d'ineffectivité les textes législatifs et réglementaires qu'ils ont mission d'appliquer », (1987) 47 *R. du B.*, 509 ; « La compétence du Tribunal du travail des juges une loi ineffective (inopérante) », (1987) 48 *R. du B.*, 125 ; PINARD, D., « Le pouvoir des tribunaux administratifs québécois de refuser de donner effet à des textes qu'ils jugent inconstitutionnels », (1987) 33 *R.D. McGill* 170.

3. J. Lamer dans *Mills c. R.*, [1986] 1 R.C.S. 863, p. 884.

distinction n'a pas été poussé très loin. Mais voilà qu'apparaît le par. 52(1) de la Constitution de 1982 qui stipule que :

La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada ; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

Lorsqu'une loi avait été adoptée en violation du partage des compétences législatives, on parlait d'invalidité. Se peut-il maintenant qu'une loi contraire à la Charte ne soit pas invalide mais plutôt inopérante, ou privée d'effet à cause de la prépondérance de la Charte, prépondérance s'imposant à tout tribunal quel qu'il soit. C'est la Constitution qui rendrait une telle loi inopérante ; le tribunal n'interviendrait que pour en faire la constatation. Ce type de sanction serait-il alors de même nature que celle envisagée par la Cour suprême dans l'arrêt *Drybones*⁴ pour la Déclaration canadienne ?

Bien que l'article 52 par sa rédaction et sa position dans la Loi de 1982, énonce un mode de sanction commun pour toute la Constitution, P.A. Côté avance l'idée d'une double forme de sanction :

Il n'est donc pas incongru d'imaginer que notre droit constitutionnel prescrive désormais des sanctions différenciées selon que la loi en litige a été dictée en excès de pouvoir (sanction de nullité) ou qu'elle se trouve certaine à une loi de fond qui a un effet prépondérant (sanction de privations d'effet).⁵

Une telle position peut-elle s'appuyer sur la jurisprudence de la Cour suprême ? Avant 1982, il était fermement établi :

[...] une des hautes fonctions de cette Cour est de s'assurer que les législatures n'outrepassent pas les limites de leur mandat constitutionnel et n'exercent pas illégalement certains pouvoirs.⁶

En 1985, dans le *Renvoi sur les droits linguistiques du Manitoba*, elle explique la portée du nouvel article 52 :

L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne modifie pas les principes qui, au cours des années, ont constitué le fondement du contrôle judiciaire. Dans un cas où on n'a pas respecté les modalités et la forme requises en matière constitutionnelle, l'invalidité continue d'être la conséquence de ce non-respect. Le mot « inopérantes » signifie qu'une règle de droit ainsi incompatible avec la Constitution est inopérante pour cause d'invalidité.⁷

4. *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282.

5. CÔTÉ, P.A., « La préséance de la Charte canadienne des droits et libertés », (1984) 18 *R.J.T.* 107, p. 115.

6. *Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576, p. 590 : Voir également *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, p. 841, 848, 877.

7. *Renvoi : Droits linguistiques du Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 746.

Suivant la Cour, « depuis le 17 avril 1982 le mandat du pouvoir judiciaire de protéger la Constitution est enchassé à l'article 52... »⁸ et comme la Charte fait partie de la Constitution, une loi peut être déclarée inconstitutionnelle pour trois raisons, soit qu'elle viole le partage des compétences, soit parce qu'elle a été adoptée contrairement aux « modalités et à la forme requises en matières constitutionnelles », soit enfin parce qu'elle est incompatible avec la Charte. Dans les trois cas la seule sanction envisagée est l'inopérabilité pour cause d'invalidité.

Il n'est pas possible de soutenir que la Cour suprême ait laissé entendre qu'il pourrait y avoir une différence de sanction entre les deux premiers cas et le cas d'incompatibilité avec la Charte. Or, c'est en invoquant cette dichotomie entre « l'invalidation » d'une loi et son « inopérabilité » que certains ont favorisé l'octroi de pouvoirs importants en matière constitutionnelle aux tribunaux inférieurs. D'autres, tel Gilles Pépin, sont d'opinion contraire :

Qu'une cour ou un tribunal déclare un texte invalide ou inopérant, dans un cas comme dans l'autre, l'institution en cause se reconnaît la compétence de mettre un terme à la soi-disant présomption de validité du texte législatif ou réglementaire et de priver ce dernier de ses effets juridiques.⁹

Il nous paraît évident que l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne fait pas de distinction entre l'invalidité et l'inopérabilité et de ce fait ne modifie pas les principes qui ont toujours constitué les fondements du contrôle judiciaire. Mais avant de vérifier quels sont ces fondements, il importe de décrire les arguments que mettent de l'avant les tenants des deux écoles, l'école interventionniste et l'école abstentionniste.

1.2. Les positions respectives des tenants des deux thèses

1.2.1. La thèse interventionniste

L'arrêt le plus ancien en la matière est la décision du juge Lamer de 1980 dans *Johnson c. C.A.S.*¹⁰. La Cour d'appel devait déterminer si la Commission des affaires sociales possédait le pouvoir de statuer sur la validité d'une disposition de la *Loi sur l'aide sociale* au regard de la Charte québécoise. Le juge affirma alors :

Je ne me crois pas autorisé en l'espèce à ne pas suivre une jurisprudence établie par la Cour d'appel du Québec et qui reconnaît aux tribunaux inférieurs,

8. *Id.*, p. 745.

9. PÉPIN, G., *supra*, note 2, p. 516.

10. *Johnson c. C.A.S.*, [1980] C.A. 20.

quoique soumis aux pouvoirs de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure le pouvoir de statuer sur la légalité des lois qu'on les invite à appliquer.¹¹

À l'appui de ces propos le juge Lamer rapporte une série de décisions en matière pénale ; une seule, *Ville de Montréal c. Cour provinciale et d'Alcantara*, traitait des pouvoirs en matière civile de la Cour provinciale¹². Sur cette base le juge ordonna tout de même à la Commission des affaires sociales de se prononcer sur la légalité de la disposition en cause.

Un peu plus tard, ayant à traiter des pouvoirs d'un arbitre de grief, la Cour d'appel a également permis à celui-ci de déclarer « inopérante » une disposition d'une convention collective contraire à la Charte québécoise¹³. La Cour fonda alors sa décision sur les termes de l'article 100.12 du *Code du travail* qui stipule que :

Dans l'exercice de ces pouvoirs l'arbitre peut : a) interpréter et appliquer une loi ou un règlement dans la mesure où il est nécessaire de le faire pour décider d'un grief.

La Cour suprême du Canada a également eu l'occasion, dans certains arrêts, d'aborder la question. Ainsi dans *Northern Telecom*¹⁴ le juge Estey confirme la possibilité pour les cours de juridictions inférieures de se prononcer sur des questions constitutionnelles lorsque celles-ci se présentent de façon incidente. Signalons que le juge accorde cette compétence aux cours inférieures et non pas aux tribunaux administratifs.

De son côté, la Cour fédérale a également eu à se prononcer sur ce problème : ainsi dans l'arrêt *Demaere*¹⁵ la Cour a permis à un comité d'appel de la fonction publique de se prononcer sur la validité d'une disposition de cette Loi au regard de la Charte. La Cour a aussi permis à la Commission d'appel de l'immigration de statuer sur l'inopérabilité de l'article 83 de cette Loi à l'égard de la Charte :

À mon avis, il serait tout à fait approprié que, en déterminant s'il faut se conformer à l'injonction de la Loi, la Commission doive examiner la question de savoir si elle doit rejeter l'appel malgré l'article 7 de la Charte. En vertu du paragraphe 52(1) de la Charte, la Constitution du Canada, dont la Charte fait partie, 52(1)... est la loi suprême du Canada ; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. Donc, à mon avis, la Commission pouvait décider, dans l'appel en cours, si l'article 83 de la Loi va, en fait, à

11. *Id.*, p. 23.

12. [1975] C.A. 147.

13. *Union des employés de commerce c. W.E. Bégin Inc.*, J.E. 84-65.

14. *Northern Telecom Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication*, [1983] 1 R.C.S. 733, p. 741.

15. *Demaere c. R.*, [1983] 2 C.F. 755.

l'encontre de l'article 7 de la Charte. Si elle concluait à l'affirmative, le paragraphe 52(1) de la Charte rendrait alors « inopérantes » les dispositions incompatibles de l'article 83.¹⁶

En 1987, dans l'arrêt *Zwarich*¹⁷, la même Cour décida que même si le pouvoir de constater le caractère *ultra vires* d'une loi est l'apanage exclusif des tribunaux supérieurs, un conseil arbitral possède le pouvoir de vérifier si une loi ou un règlement a été valablement adopté. Dans les faits en cause il s'agissait de déterminer si le par. 44(1) de la *Loi sur l'assurance-chômage* violait les articles 1 et 15 de la Charte en excluant les salariés en lock-out des bénéfices de la loi. Selon le juge Pratte :

Il est évident qu'il n'appartient ni au conseil arbitral ni au juge-arbitre de statuer sur la validité constitutionnelle des lois et des règlements. Il s'agit d'un privilège réservé aux instances supérieures. Mais le juge-arbitre et le conseil arbitral doivent appliquer le droit, comme tous les tribunaux d'ailleurs. Ils doivent donc déterminer le droit applicable, et pour ce faire, ils doivent non seulement interpréter les lois et les règlements applicables mais également statuer sur la validité de leur adoption. S'ils concluent qu'une disposition légale applicable enfreint la Charte, ils doivent trancher la question comme si cette disposition n'avait jamais été adoptée.¹⁸

Quelques mois plus tard, le juge Hugessen, dans une affaire *Nixon* où le conseil arbitral et le juge-arbitre avaient refusé de se prononcer sur la compatibilité de deux dispositions de la loi au regard de la Charte, affirmait au nom de la Cour :

The learned Umpire declined to deal with that argument on the ground that he was not a tribunal of competent jurisdiction under section 24. In that, he was clearly wrong. This Court's unreported decision in *Zwarich v. A.G. of Canada* file A-521-86, rendered June 17, 1987, after the Umpire's decision, is conclusive of that.¹⁹

Il est bien établi par la Cour suprême dans les arrêts *Singh c. M.E.I.* et *R. c. Mills*²⁰ que l'expression « Tribunal compétent » du par. 24(1) de la Charte signifie le tribunal qui a compétence sur la matière nonobstant la Charte; 24(1) ne crée pas de juridiction nouvelle en faveur d'un tribunal donné.

Le 24 juin 88, dans *P.G. Canada c. Sirois*²¹, la Cour constatera que dans *Vincer* la majorité avait décidé qu'un comité d'appel des allocations familiales

16. *Law c. Solliciteur général*, [1985] 1 C.F. 62, p. 69.

17. *Supra*, note 1.

18. *Id.*, 255.

19. *Nixon c. Commission Emploi et Imm. Can.*, *supra*, note 1, p. 6.

20. *Singh c. M.E.I.*, [1985] 1 R.C.S. 177, p. 222, (J. Dickson, Lamer et Wilson); *R. c. Mills*, [1986] 1 R.C.S. 863, p. 972.

21. *P.G. du Canada c. Sirois*, *supra*, note 1, p. 5.

n'a pas le pouvoir de se prononcer sur la constitutionnalité de la loi qu'il est chargé d'appliquer. Il en résulte nécessairement que la Cour ne peut dans le cadre d'un recours sous l'article 28 « dirigé contre la décision d'un pareil tribunal se prononcer sur pareille question ».

Le 23 septembre la Cour était saisie de l'affaire *Tétreault-Gadoury*²² dans laquelle avait été contesté, devant un conseil arbitral de l'assurance-chômage, l'article 31 de la Loi; ce dernier avait refusé de se prononcer. Le juge Lacombe avec l'appui du juge Hugesson commence par citer l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et le célèbre *obiter dictum* du juge Dickson dans l'arrêt *Big M. Drug Mart*. Il rappelle ensuite que la Cour s'est prononcée clairement dans *Zwarich* et *Dixon* en 1987. Quant aux arrêts *Vincer* et *Bibi Alli*, ils ne s'appliquent pas en l'espèce parce qu'alors il était question de réparation accordée par un tribunal administratif sous l'article 24 de la Charte; dans ces cas la Cour a décrété que le tribunal n'avait pas juridiction pour ce faire. Au contraire ici, c'est l'article 52 de la Charte et non l'article 24 qui est invoqué au soutien de la juridiction. Le requérant demande au conseil arbitral « un constat d'inefficacité de l'article 31 de la loi qui le prive, seulement à cause de son âge, des prestations d'assurance-chômage... »²³.

Selon le juge Lacombe les textes attributifs de juridiction des conseils arbitraux et juges-arbitres ne comportent aucune restriction « telle celle de ne pouvoir juger que conformément à la Loi ou Règlement comme c'était le cas dans l'affaire *Vincer*... ». Il en résulte que le conseil arbitral

[...] a lui-même compétence pour se prononcer sur toute question de droit, qui à défaut de précisions dans la Loi... doit s'étendre à toute question de droit se rattachant à l'application de toute autre loi, et bien sûr de la Loi suprême du Canada, dont la Charte [...]»²⁴

Décider qu'une disposition de la Loi est inopérante en raison de son incompatibilité avec la Charte est une question de droit comme toute autre question de droit que les tribunaux administratifs ont droit de trancher, même si leurs membres n'ont pas à posséder de formation juridique comme telle.

Cette compétence découle également du devoir qu'a le tribunal d'accorder aux parties la faculté de présenter leurs « arguments au sujet de toute affaire dont il est saisi »²⁵. Suivant le juge « la Charte doit être accessible de même façon à toutes les justiciables » que ce soit devant les instances pénales ou les

22. *Supra*, note 1.

23. *Id.*, p. 7.

24. *Id.*, p. 10.

25. *Id.*, p. 12.

instances administratives ; le justiciable ne fait qu'invoquer les droits garantis par la Charte « devant le forum naturel où ils peuvent s'adresser ». Ces procédures sont « expéditives, peu coûteuses et d'accès facile ». Finalement « le droit d'y faire valoir efficacement des moyens relatifs à la suprématie de la Constitution »²⁶.

Il n'y a pas lieu de faire de distinction entre les tribunaux administratifs, car « au point de vue institutionnel et fonctionnel, ce sont des organismes judiciaires ou quasi-judiciaires de facture similaire, bien qu'il y ait des variantes quant à l'exercice de leur juridiction »... « ce sont des organismes de même nature juridictionnelle »... Le juge conclut « qu'il n'y a rien d'incongru à ce que l'on reconnaisse à un tribunal administratif... le pouvoir de constater qu'un texte législatif ou réglementaire est inopérant parce qu'il est incompatible avec la Charte... »

Le pouvoir de refuser de donner effet à un texte législatif ou réglementaire, jugé inconstitutionnel, est inhérent à tout organisme doté du pouvoir d'adjudication entre les droits des parties dans une instance particulière.²⁷

Le juge Lacombe en fait donc une « juridiction inhérente » reliée au pouvoir statuaire d'adjudication.

Le juge Lacombe cite à l'appui un arrêt de 1988 de la Cour d'appel de la Colombie Britannique dans lequel il fut décidé qu'un arbitre de grief peut statuer sur l'invalidité d'une clause de convention collective en regard de la Charte²⁸. Il importe toutefois de signaler que la Cour de Colombie Britannique s'appuyait alors sur la jurisprudence anglaise suivant laquelle un arbitre doit décliner juridiction devant un contrat illégal.

La juge Desjardins ajouta quelques motifs supplémentaires dont l'un porte sur l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui selon elle ne constitue plus un obstacle depuis l'avènement de la Charte qui « ajoute une nouvelle dimension au système juridique canadien en ce qu'elle accorde des droits et libertés aux individus »²⁹. Il en résulte que la jurisprudence *Séminaire de Chicoutimi*^{29.1} que nous évoquerons plus loin n'aurait pas d'application ici.

La Cour d'appel de Colombie Britannique avait antérieurement eu à se prononcer sur ce problème. Dans l'arrêt *Schewchuk* il s'agissait de déterminer si la Cour provinciale pouvait déclarer contraire à l'article 15 de la Charte le

26. *Id.*, p. 12.

27. *Id.*, p. 14.

28. *Douglas Kwantlen Faculty Ass. v. Douglas College*, (1988) 21 B.C.L.R. (2d) 175.

29. *Supra*, note 1, p. 5.

29.1 [1973] R.C.S. 681.

Child paternity and support Act. En vertu de cette loi, celle-ci avait compétence exclusive «to make any of the order authorized by the Act». Le juge Nemetz déclare alors :

It is clear that the power to make general declarations that enactments of Parliament or of the Legislature are invalid is a high constitutional power which flows from the inherent jurisdiction of the superior courts.

But it is equally clear that if a person is before a court upon a charge, complaint, or other proceeding properly within the jurisdiction of that court then the court is competent to decide that the law upon which the charge, complaint or proceeding is based is of no force and effect by reason of the provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and to dismiss the charge, complaint or proceeding. The making of a declaration that the law in question is of no force and effect, in that context, is nothing more than a decision of a legal question properly before the court. It does not trench upon the exclusive right of the superior courts to grant prerogative relief, including general declaration.³⁰

Plusieurs juges de la Cour supérieure et du Tribunal du travail se sont clairement prononcés en faveur de la reconnaissance d'un pouvoir permettant aux tribunaux administratifs de constater «l'inopérabilité» de certaines dispositions³¹.

Pour bon nombre des tenants de la thèse interventionniste, il semble bien que les tribunaux administratifs ont le pouvoir de statuer sur la validité constitutionnelle des lois ordinaires par rapport à la Charte. Ces tribunaux font exactement ce que font les cours supérieures sauf que ces dernières ont le pouvoir de procéder par déclarations générales alors qu'un tribunal inférieur ne peut faire qu'une déclaration particulière dans le cadre du cas d'espèce qui lui est soumis. En d'autres termes, la loi déclarée inconstitutionnelle par un tribunal inférieur ne serait inconstitutionnelle qu'entre les parties et pour les fins d'un litige précis, alors que la loi invalidée par une cour supérieure devient nulle et sans effet *erga omnes*.

Cette dernière distinction est difficile à admettre et relève d'une logique assez bizarre. Elle revient à dire que les contrôles de constitutionnalité exercés tant par une cour supérieure que par un tribunal inférieur ne diffèrent pas par leur nature ; ils ne diffèrent que par leurs effets. Nous nous demanderons plus loin si l'on peut ainsi disséquer le pouvoir de contrôle de constitutionnalité. Si les tenants de la thèse interventionniste ont raison, cela revient à dire que les tribunaux inférieurs sont investis en matière constitutionnelle, de façon certes limitée mais réelle, d'une des attributions essentielles des cours supérieures.

30. *Re : Shewchuk and Ricard; Attorney general of B.C.*, (1986) 28 D.L.R. 429, p. 439, cité avec approbation par la Cour fédérale d'appel dans *Zwarich*, [1987] 3 C.F. 254, p. 255 (J. Pratte).

31. *Houle c. Union des employés de commerce*, [1986] D.L.Q. 446 (C.S.) et (1988) 28 Adm. L.R. 286 ; *T.N.T. Québec c. C.C.R.T.*, [1986] D.L.Q. 441 (C.S.) ; *Ass. employés Pyradia c. Pyradia*, [1987] T.T. 382.

1.2.2. La thèse non interventionniste ou abstentionniste

L'argument majeur invoqué en faveur de cette thèse est le caractère statutaire des attributions des tribunaux administratifs. Ce principe de portée beaucoup plus générale était récemment confirmé par le juge McIntyre dans l'arrêt *Mills* :

En premier lieu, on doit reconnaître que la compétence des différentes juridictions canadiennes est fixée par les législatures des provinces et par le Parlement du Canada. Il n'appartient nullement aux juges d'attribuer à tel ou tel tribunal compétence relativement à certaines questions. Cette fonction se trouve complètement en dehors du ressort des tribunaux. De fait le Parlement et les législatures ont délimité la compétence des tribunaux pour précisément les tenir en bride en limitant leurs actions aux domaines qui sont les leurs.³²

C'est en s'appuyant sur cet énoncé du juge McIntyre que, dans *Vincer*,³³ le juge Marceau de la Cour d'appel fédérale abordait la question de la compétence des instances administratives :

As I understand it, the jurisdiction of a statutory body must be found in statute and must extend not only to the subject matter of an application and to the parties involved therein but also to the remedy sought, and I fail to see here where the committee would find in the statute the power to order that benefits be paid as claimed.³⁴

Abordant la compétence des commissaires du travail et du Tribunal du travail, le juge Brière faisait une constatation analogue :

Ces instances ont évidemment les pouvoirs incidents à l'exercice de leur compétence, mais ils n'ont pas de pouvoirs inhérents comme la Cour supérieure. Les dispositions du *Code de procédure civile* ne s'appliquent à ces instances que dans la mesure où les lois qui établissent leur compétence le déclarent expressément, comme c'est le cas à l'article 134 C.tr.³⁵

Le juge Brière du Tribunal du travail est l'un de ceux qui sont le plus opposés à la thèse interventionniste. Dans *Lavalin*, il rappelle que le Tribunal du travail ne possède qu'une compétence d'attribution, que celle-ci est administrative sauf en matière pénale où elle peut être qualifiée de judiciaire. Lorsque l'on cherche l'invalidité ou l'inopérabilité d'une loi, cela nécessite un important débat judiciaire :

Un tel débat est incompatible avec la nature même des tribunaux administratifs, qui ont été créés pour rendre une justice spécialisée et expéditive.³⁶

32. *Mills c. R.*, *supra*, note 3, p. 952.

33. *Supra*, note 1.

34. *Supra*, note 1, p. 172.

35. *Magasin Hart c. Demers*, [1984] T.T. 119, p. 123.

36. *C.S.S.T. c. Lavalin*, [1987] T.T. 120.

On retrouve également à la Cour fédérale d'appel une tendance défavorable à l'octroi aux tribunaux administratifs du pouvoir de statuer sur la constitutionnalité des lois. Ainsi en 1987, dans l'arrêt *Vincer*³⁷, la Cour devait se pencher sur la capacité d'un comité d'appel constitué en vertu de la *Loi sur les allocations familiales* de 1973 et composé de trois membres nommés par les parties, de déclarer comme contraire à la Charte une disposition de la loi qu'il était chargé d'appliquer. Notant d'abord la nature statutaire des tribunaux administratifs le juge Marceau apporte deux nouveaux arguments sur lesquels nous reviendrons. En premier lieu, il remarque qu'en vertu de la théorie de la séparation des pouvoirs, le contrôle de la légalité des lois du Parlement relève exclusivement du pouvoir judiciaire alors que les tribunaux administratifs sont en fait des émanations du pouvoir exécutif. Dans cette perspective il affirme ceci :

I consider it unacceptable that a provision of law, properly enacted and having all the appearances of effectiveness and validity, could be disregarded by any decision-making body other than a judicial authority constitutionally entitled to question its validity. To allow members and agents of the executive branch of government to do so, be they acting in their capacity as Ministers or in the exercise of their powers as part of the administrative process, individually or as member of Cabinet or of administrative tribunals, would be directly against the very notion of democracy.³⁸

Puis au passage il note qu'effectuer une telle délégation de pouvoir serait contraire à la *Loi constitutionnelle de 1867* :

[...] those difficulties may be compounded by others arising from the judicature sections of the *Constitution Act 1867* which limit the powers of the legislative authorities to confer on tribunals or inferior statutory courts the jurisdiction of superior courts.³⁹

Plus tard, dans l'arrêt *Bibi Ali*⁴⁰ en 1988, il s'agissait encore de déterminer si un comité d'appel créé en vertu de la *Loi sur les allocations familiales de 1973* pouvait déclarer une disposition de cette loi contraire à la Charte. Dans ses motifs le juge Pratte qui s'était, dans l'arrêt *Zwarich*, prononcé en faveur de la reconnaissance d'un tel pouvoir à un tribunal inférieur se déclare contre l'octroi d'une attribution à cette instance, notamment à cause de sa compétence essentiellement statutaire. Notant la difficulté de réconcilier l'arrêt *Vincer* et ses propos dans *Zwarich*, le juge affirme qu'il n'est pas nécessaire, pour les fins du litige en cause, d'en dire davantage.

37. *Supra*, note 1.

38. *Id.*, p. 173.

39. *Id.*, p. 174.

40. *Supra*, note 1.

C'est toutefois dans un arrêt *Terminaux portuaires du Québec* du 11 août 88⁴¹ que le juge Marceau clarifie et renforce sa thèse. En outre de reprendre l'argument de base développé dans *Vincer* le juge réfute ceux de l'école interventionniste : premièrement, l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* décrète certes l'inopérabilité des lois contraires à la Charte, mais ne dit pas qui peut juger de cette incompatibilité ; deuxièmement, il n'y a pas, selon lui, tellement de différence entre le juge d'un tribunal administratif qui déclare une loi inapplicable pour inconstitutionnalité dans un dossier particulier et celui d'une cour supérieure qui a effet déclaratoire *erga omnes* ; troisièmement, si les tribunaux administratifs sont appelés souvent à régler des questions constitutionnelles, il y a une « différence fondamentale [...] entre prendre une conclusion incidente sur une question de droit et refuser d'appliquer une loi au motif qu'elle serait inconstitutionnelle »⁴².

Les trois derniers arrêts de la Cour fédérale, soit *Vincer*, *Bibi Alli* et *Terminaux portuaires du Québec*, soulèvent des arguments fondamentaux qu'il nous faut approfondir, soit la théorie de la séparation des pouvoirs et les principes constitutionnels qui découlent des articles 96 à 100 de la Constitution de 1867.

Auparavant, il importe toutefois de signaler un courant jurisprudentiel qui vient restreindre l'intervention des tribunaux administratifs en matière constitutionnelle. Dans la célèbre affaire *Johnson*, la Cour supérieure avait en 1981 conclu que la Commission des affaires sociales ne pouvait pas statuer sur la constitutionnalité de la loi en cause parce que le texte contesté n'était pas attributif de juridiction⁴³.

Alors même que la Cour d'appel lui avait renvoyé le dossier dans son arrêt de 1980, sans aucune restriction, la Commission des affaires sociales avait refusé de nouveau de statuer sur la constitutionnalité de la loi en cause :

[...] la Commission maintient qu'elle n'a pas juridiction pour déclarer *ultra vires*, illégal, nul et de nul effet, l'article 8 de la *Loi de l'aide sociale* comme le réclame l'appelant.

En effet, la Commission fait une distinction entre une loi attributive de juridiction que l'on conteste et une loi dont on demande tout simplement l'annulation. Dans le premier cas, la Commission aurait juridiction pour apprécier la légalité ou la constitutionnalité de la loi. Dans le second cas, ce pouvoir incomberait à la Cour supérieure.⁴⁴

41. *Supra*, note 1.

42. *Id.*, p. 5.

43. *Johnson c. C.A.S.*, [1981] C.S. 994, p. 997-998.

44. *Aide sociale* — 35, [1981] C.A.S. 158, p. 163.

Subséquentement, soit en 1984, la Cour d'appel entérinera ce point de vue en ces termes :

[...] les instances supérieures administratives ou quasi judiciaires (bureau de révision, C.A.S.) peuvent difficilement corriger des injustices non prévues dans un texte de loi sans elles-mêmes risquer l'arbitraire.

Ce rôle appartient aux tribunaux de droit commun [...]

En l'espèce, appliquant le paragraphe 2 de l'article 846 C.P., je suis disposé à reconnaître que la décision R-10 de la C.A.S. devra, par jugement définitif au fond, être annulée au motif que l'article 8 de la *Loi de l'aide sociale* [...] est « sans effet » et inopposable aux appelants.

Comme il n'appartenait pas à la C.A.S. d'en arriver à une telle conclusion, je maintiendrais l'appel, quant à elle, sans frais.⁴⁵

La Cour supérieure retiendra la distinction entre textes attributifs de compétence et non attributifs pour reconnaître que la Commission des affaires sociales ne peut se prononcer que sur la constitutionnalité des textes attributifs⁴⁶. Devant un texte non attributif elle doit ignorer toute contestation fondée sur la Charte. On se rend bien compte qu'il s'agit là d'une distinction que ne semble pas envisager l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Plus récemment, le Tribunal du travail rejetait une requête prise en vertu de l'article 66 de la *Loi sur la fonction publique* au motif que le tribunal, n'étant une cour supérieure ne pouvait recevoir de contestation directe du *Code du travail* au regard de la Charte. Dans cette décision du 7 avril 88 (*Syndicat des professionnels du gouvernement c. P.G. Québec*) le Tribunal reconnaît qu'il ne pouvait se prononcer qu'à titre incident.

2. Les arguments fondamentaux favorables à une solution logique et cohérente

La question essentielle est de déterminer quel tribunal, en vertu du droit constitutionnel canadien, contrôle la constitutionnalité des lois. Pour y répondre autrement que par des affirmations *ex cathedra* ou approximatives, il faut scruter les principes même qui fondent le contrôle judiciaire de la légalité constitutionnelle.

2.1. La théorie de la séparation des pouvoirs

La Cour suprême semble aussi avoir partagé à une certaine époque l'opinion qu'il n'y a pas de séparation des pouvoirs au Canada.

45. *Johnson c. C.A.S.*, [1984] C.A. 61, p. 70-71.

46. *Mackprang c. Commission des affaires sociales*, J.E. 86-598 (C.S.), (1988) 26 *Adm. L.R.* 80.

Comme le professeur Hogg l'a souligné dans l'ouvrage *Constitutional Law of Canada* (1977) à la p. 129, l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867 ne prévoit pas une « séparation générale des pouvoirs ». Notre constitution ne sépare pas les fonctions législative, exécutive et judiciaire, et insiste que chaque secteur de gouvernement n'exerce que ses propres fonctions.⁴⁷

Cependant, dans des décisions plus récentes⁴⁸ la même Cour revient sur cette affirmation en entérinant une version remaniée de la théorie de la séparation des pouvoirs. Ne retrouve-t-on pas cet énoncé sous la plume du juge en chef en 1985 :

Il existe au Canada une séparation des pouvoirs entre les trois branches du gouvernement : le législatif, l'exécutif et le judiciaire. En termes généraux, le rôle du judiciaire est, il va sans dire, d'interpréter et d'appliquer la loi ; le rôle du législatif est de prendre des décisions et d'énoncer des politiques ; le rôle de l'exécutif est d'administrer et d'appliquer ces politiques.⁴⁹

Dans un article classique publié en 1956⁵⁰, W.R. Lederman soumettait la thèse que les articles 96 à 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* avaient pour effet de mettre en place une véritable séparation des pouvoirs en faveur des cours supérieures provinciales et fédérales. Dans le but de préserver cette indépendance dont jouissait traditionnellement les juges des cours supérieures britanniques, Lederman affirme que la Constitution a pour effet de leur réserver un noyau essentiel de juridiction auquel le législateur ne peut porter atteinte. Pour lui il ne s'agit donc pas d'une division en trois paliers tel que nous l'enseignaient les auteurs classiques mais une séparation en deux paliers, c'est-à-dire entre la fonction législative (*law making*) et la fonction exécutive (*law-applying*). Bien que cette dernière fonction puisse être effectuée par des organismes administratifs ou des tribunaux, certaines attributions ne peuvent l'être que par des cours supérieures. Il y a une juridiction réservée qui est en quelque sorte intangible.

Bien qu'elle ne discute pas de la question du « noyau » essentiel de juridiction, la Cour suprême en 1984 semble avoir admis l'existence d'une telle séparation constitutionnelle des pouvoirs en faveur des cours supérieures :

La *Loi constitutionnelle de 1867* érige en principe fondamental de notre régime fédéral l'indépendance traditionnelle des juges des cours supérieures anglaises et cette indépendance ne peut être moins importante et moins vitale dans l'administration du droit criminel qu'elle ne l'est dans les affaires civiles. Aux termes de la Constitution canadienne, les cours supérieures sont indépendantes

47. *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, p. 728.

48. *McEvoy c. P.G. du Nouveau-Brunswick*, [1983] 1 R.C.S. 704.

49. *Fraser c. C.R.T.F.P.*, [1985] 2 R.C.S. 455, 469-470.

50. LEDERMAN, W.R., « The Independence of Judiciary », (1956) 34 *R. du B.C.*, p. 769 à 809, et 1139 à 1179.

des deux paliers de gouvernement. Les provinces créent, maintiennent et organisent les cours supérieures ; le fédéral nomme les juges. Les articles de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui portent sur l'organisation judiciaire garantissent l'indépendance des cours supérieures ; ils s'appliquent aussi bien au Parlement qu'aux législatures provinciales.⁵¹

Dans cette perspective, il n'est donc pas possible de transférer à d'autres instances certains pouvoirs qui pourraient mettre en péril cette indépendance des tribunaux supérieurs, maintenant élevée au rang de principe constitutionnel fondamental.

Dans l'optique qui nous préoccupe ici, nous devons maintenant regarder si ces dispositions de la Loi de 1867 ont un effet sur les pouvoirs dévolus aux cours supérieures en matière constitutionnelle.

2.2. La Loi constitutionnelle de 1867 et le contrôle de la validité constitutionnelle des lois

2.2.1. Les fondements du contrôle judiciaire de constitutionnalité au Canada

Aussi étonnant que cela puisse paraître, le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois et des règlements n'est prévu à nulle part dans la constitution écrite. Cependant, dans l'optique traditionnelle du droit britannique cela n'est pas surprenant puisqu'en Grande-Bretagne les actes du Parlement ne sont que très peu soumis au contrôle des tribunaux. En effet, le pouvoir de contrôle et de surveillance que possède la *Court of King's Bench* ne peut s'exercer qu'à l'égard des actes de l'Exécutif.

Dans ce contexte, d'où provient le pouvoir que l'on reconnaît aux tribunaux supérieurs, et parfois inférieurs, de se prononcer sur la constitutionnalité des lois du Parlement et des législatures provinciales ? Deux auteurs ont ébauché des théories que nous allons brièvement analyser⁵².

2.2.1.1. La théorie du pouvoir « usurpé »

Cette première explication de l'origine du contrôle judiciaire des actes du Parlement est exposée par Barry Strayer dans *The Canadian Constitution*

51. McEvoy c. P.G. du Nouveau-Brunswick, *supra*, note 48, p. 720. Pour une étude récente du principe voir : BENYKHLEF, K., *Les garanties constitutionnelles relatives à l'indépendance du pouvoir judiciaire au Canada*, Cowansville, Éditions Y. Blais, 1988.

52. Voir sur l'ensemble : SMITH, J. « The Origins of Judicial Review in Canada », (1983) XV *Revue canadienne de science politique*, 113 s. ; voir aussi MCGOVNEY, D.O., « The British origin of judicial review of legislation », (1944-45) 93 *U.Pa.L.R.* 1.

and the Courts⁵³. Pour cet auteur, « the concept of judicial review is not an inheritance from the common law »⁵⁴. Il doit plutôt être recherché dans le système colonial britannique.

En vertu des lois britanniques, les parlements locaux ne possédaient que des pouvoirs limités et ne pouvaient adopter des lois contraires à celles édictées par la métropole, sous peine de nullité⁵⁵. L'invalidation comme sanction des lois contraires à la *Loi constitutionnelle de 1867* serait ainsi demeuré fondée jusqu'en 1982 sur le *Colonial Laws Validity Act* de 1865 et ce malgré l'adoption du *Statut de Westminster*, 1931.

Même si à l'origine on semblait favoriser davantage la préséance des lois fédérales sur celles des provinces comme mode de sanction des lois, les cours en vinrent rapidement à se prononcer sur la validité de tous les textes législatifs⁵⁶. Toutefois, la capacité d'examiner la légalité des actes du Parlement que l'on reconnaît aux tribunaux supérieurs ne reposerait sur aucune base solide. Il s'agirait plus d'un pouvoir qu'ils se sont eux-mêmes octroyés, que d'un pouvoir qu'on aurait réellement voulu leur confier.

2.2.1.2. La thèse de la continuité historique

Toute autre est la thèse soutenue par Lederman⁵⁷. Pour lui il est faux d'affirmer que le Parlement britannique jouit d'une suprématie absolue. Malgré l'existence de ce principe, la constitution non écrite britannique contient également d'autres principes dont celui de l'indépendance des tribunaux qui :

[...] is a first principle of the constitution capable of withstanding even the legislative primary of the United Kingdom Parliament itself.⁵⁸

Dans le but de reproduire cette caractéristique du système judiciaire britannique, les articles 96 à 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* établissent une sphère de juridiction exclusive en faveur des cours supérieures fédérales ou provinciales. Il ne serait pas possible ni pour le Parlement ni pour une législature provinciale de transférer une partie de ces pouvoirs essentiels à une autre instance qu'une cour supérieure.

53. STAYER, B., *The Canadian Constitution and the Courts; The Function and Scope of Judicial Review in Canada*, 3^e éd., Toronto, Buterworth, 1988.

54. *Id.*, p. 2.

55. *Id.*, p. 6.

56. *Id.*, p. 17.

57. *Supra*, note 50.

58. *Ibid.*, p. 1178.

Ainsi, au sujet des cours supérieures provinciales, Lederman affirme :

These provisions collectively make it clear that the B.N.A. Act contemplates the continued existence and functioning of superior courts on the English model as basic institutions of our form of government. This and nothing less is what calls for the necessary implication of a substantive separation of powers in favour of provincial superior courts. It would be absurd to permit such courts to be denuded of all substantial jurisdiction so that they would continue, if at all, merely as empty institutional shells.⁵⁹

Quelle est donc l'étendue de ce « noyau » essentiel de juridiction que réserve la *Loi constitutionnelle de 1867* aux cours supérieures ? Lederman propose un test :

based squarely on the typical jurisdiction in substance of superior courts rather than on the typical institutional characteristics of superior courts. [...] Is this statute of such nature that clearly it ought to have superior-court administration rather than a non-curial administration ?⁶⁰

Ce « core of jurisdiction » garanti par la *Loi constitutionnelle de 1867*, « includes appellate as well as original jurisdiction »⁶¹. Il comprend non seulement un pouvoir de « general superintendence of the due observance of law by officials and others » mais aussi celui de déterminer les limites du propre pouvoir d'intervention de la cour elle-même.

La thèse de Lederman peut donc se résumer de la façon suivante. Les articles 96 à 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ont pour effet de mettre en place une structure judiciaire basée sur le principe de la séparation des pouvoirs. À cette fin une aire de juridiction essentielle a été réservée aux cours supérieures. Cette aire comprend le pouvoir de surveillance et de contrôle en matière constitutionnelle, qui dans la continuité des pouvoirs des cours royales est devenu essentiel dans le cadre du fédéralisme. Ce pouvoir n'est donc pas le fruit d'une attribution illégitime mais le résultat du rôle traditionnel des cours supérieures britanniques et de la place que leur accorde dans notre système constitutionnel la Constitution de 1867. Ce pouvoir s'est donc développé en harmonie et en parfaite continuité avec le rôle des cours royales dont elles sont les héritières.

59. *Ibid.*, p. 1172.

60. *Id.*, p. 69-70.

61. *Id.*, p. 1173.

2.2.1.3. Conséquences de l'adoption de l'une des théories

La reconnaissance par la jurisprudence de l'une ou de l'autre de ces thèmes peut avoir deux conséquences principales. D'abord comme le remarque J.D. Whyte :

If, Strayer is right, the provincial superior court system's role is a matter of habit, and there is no constitutional law impediment to a statutory re-allocation of responsibility for guaranteeing constitutionality. Strayer's concession that judicial enforcement is conventionally established is a weaker claim than lederman's that the inherent review power of all superior court has been confirmed. Under this latter view, it would not be surprising to discover that neither Parliament nor provincial legislatures may detract from that power.⁶²

Ainsi si la thèse de Strayer est admise, il serait possible d'attribuer à une autre instance qu'à une cour supérieure la tâche de surveiller la conformité des actes des parlements avec la Constitution. Au contraire, si la thèse de Lederman prévaut, ni le Parlement ni les législatures ne peuvent porter atteinte au pouvoir de surveillance du respect de la Constitution dévolu aux seules cours supérieures. Seul un amendement constitutionnel pourrait effectuer une redistribution de cette mission essentielle.

La seconde conséquence est beaucoup plus importante dans le cadre du sujet qui nous préoccupe ici. En effet, si le pouvoir de se prononcer sur la validité des actes des parlements a été en quelque sorte « subtilisé » sans véritable justification, pourquoi ne serait-il pas possible à tout autre instance ou tribunal de faire de même et de s'octroyer un tel pouvoir. Au contraire, si cette capacité s'est développée comme la suite logique du pouvoir de surveillance et de contrôle qu'ont reçu les cours supérieures des cours royales britanniques dans le nouveau contexte créé par la *Loi constitutionnelle de 1867*, un tel résultat n'est pas possible. En effet, si on adopte une telle conception comment pourrait-il être permis à des instances qui n'ont jamais possédé un tel pouvoir de se prononcer sur la constitutionnalité des lois ? Ce pouvoir n'a pas été attribué à tous, il s'est développé à partir d'un pouvoir déjà existant et comme la suite logique de celui-ci. Dans une telle optique il est très difficile d'imaginer que d'autres instances que le dépositaire originaire de ce pouvoir de surveillance et de contrôle puisse même partager cette attribution.

2.2.2. L'accueil réservé par la jurisprudence à ces théories

La Cour suprême du Canada nous semble avoir peu à peu pavé la voie à une reconnaissance progressive de la thèse soutenue par Lederman.

62. WHYTE, D.J., « Developments in Constitutional Law: The 1982-83 Term », (1984), 6 *Supreme Court L.R.*, 63.

Un premier pas dans cette direction a été posé dans l'arrêt *Three Rivers Boatman*⁶³. Dans cet arrêt, la Cour devait décider si un organisme fédéral, le Conseil canadien des relations ouvrières, était soumis au pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure du Québec et si une nouvelle disposition du *Code de procédure civile* pouvait avoir pour effet d'enlever à cette Cour ce pouvoir de surveillance sur les organismes fédéraux. Notant que le fondement de pouvoir de surveillance et de contrôle des organismes inférieures est la common law, la Cour affirma alors ceci :

La législature de Québec n'a pas la compétence pour modifier et rien n'indique qu'elle ait entendu modifier, par cet amendement de 1957, l'autorité de surveillance et contrôle que la Cour supérieure possède depuis avant la Confédération, tant en vertu de sa loi organique qu'en vertu des pouvoirs inhérents à sa fonction, sur les organismes qui relèvent maintenant de la compétence du Parlement et qui exercent une action judiciaire ou quasi judiciaire dans les affaires de la province et rendent des décisions qui y sont exécutoires.⁶⁴

Dans cet arrêt, la Cour reconnaissait donc que le législateur provincial ne peut porter atteinte au pouvoir de surveillance et de contrôle, du moins en ce qui a trait à la surveillance des autorités fédérales.

Dans une série de décisions subséquentes, la Cour suprême a par la suite cherché à raffermir le statut constitutionnel du pouvoir de surveillance et de contrôle⁶⁵. D'abord dans *Séminaire de Chicoutimi*⁶⁶ la Cour a affirmé que l'on ne pouvait transférer à un tribunal inférieur une juridiction du « genre » de celle exercée en 1867 par les cours supérieures ; en l'espèce il s'agissait du transfert du contrôle par voie de cassation des règlements municipaux, qui dans les faits constituait une forme du pouvoir de contrôle et de surveillance. Dans l'arrêt *Farrah*⁶⁷ elle a décidé que l'on ne pouvait attribuer à un tribunal administratif le pouvoir de contrôle et de surveillance sur des questions de droit en supprimant tout recours devant la Cour supérieure : cela a pour effet de mettre sur pied une cour du type de celui prévu à l'article 96 de la Loi de 1867. L'arrêt *Crevier*⁶⁸ a poursuivi dans la même veine : il s'agissait alors principalement de déterminer s'il était possible d'exclure par une clause privative le pouvoir de surveillance et de contrôler en matière de délimitation de compétence.

63. *The Rivers Boatman c. Conseil canadien des relations ouvrières*, [1969] R.C.S. 607.

64. *Id.*, p. 618.

65. HOGG, P., *Constitutional Law of Canada*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1985, 160 s.

66. *Séminaire de Chicoutimi c. Cité de Chicoutimi*, *supra*, note 29.1.

67. *P.G.Q. c. Farrah*, [1978] 2 R.C.S. 638.

68. *Crevier c. P.G.Q.*, [1981] 2 R.C.S. 220.

Avec ces arrêts, la teneur et l'ampleur du pouvoir de contrôle et de surveillance sont bien établies. On peut retenir des propos du juge Laskin qu'un des attributs essentiels des cours supérieures est de pouvoir se prononcer sur les questions de partage constitutionnel et de compétence. Dans cette perspective il adopte donc la position de Lederman selon qui aucune clause privative ne peut enlever aux cours supérieures leur pouvoir de contrôler la compétence des instances inférieures. Il en est de même selon lui d'un principe qui veut que les cours supérieures sont toujours compétentes pour se prononcer sur les décisions ayant trait aux questions constitutionnelles.

Dans un autre arrêt plus récent⁶⁹, la Cour a de nouveau examiné la compétence des cours supérieures en matière constitutionnelle. Il s'agissait de déterminer si la création de la Cour fédérale pourrait avoir eu pour effet de retirer la compétence des cours supérieures provinciales en matière constitutionnelle. Rejetant l'idée que l'on puisse statuer sur la compétence d'une cour supérieure en procédant à l'analyse des dispositions pertinentes de la *Loi sur la Cour fédérale*, le juge Estey propose plutôt un regard sur un « aspect plus fondamental ». Il constate d'abord la place privilégiée qu'occupe les cours supérieures dans notre système constitutionnel. Ainsi de par la structure mise en place en 1867, organisation provinciale et nomination fédérale, ces cours franchissent la ligne de partage des compétences entre les provinces et le fédéral. Elles sont alors compétentes pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois tant provinciales que fédérales⁷⁰.

La Cour suprême affirme donc que le pouvoir de se prononcer sur la constitutionnalité des lois est fondamental dans un régime fédéral. Cette compétence est essentielle à l'exercice de la juridiction des cours supérieures provinciales comme fédérales. L'article 101 de la Loi de 1867 permet certes au législateur fédéral d'attribuer des pouvoirs exclusifs à une cour fédérale, mais non pas en matière de contrôle constitutionnel où les cours supérieures demeurent compétentes.

Dans l'arrêt *L'Anglais*⁷¹ la Cour confirme et renforce les affirmations faites dans *Jabour*;^{71.1} en l'espèce il s'agissait de déterminer si la Cour supérieure du Québec pouvait exercer son pouvoir de surveillance et de contrôle à l'égard d'un organisme fédéral lorsque celui-ci statue sur la loi applicable en vertu de la Constitution. Dans ses allégations, l'une des parties tentait de distinguer la situation en cause, de celle de l'arrêt *Jabour*. Elle

69. *Procureur général du Canada et Jabour c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307.

70. *P.G. Can. c. Canard*, [1976] 1 R.C.S. 170.

71. *C.C.R.T. c. Paul L'Anglais Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 147.,

71.1 *Supra*, note 69.

affirmait que la Cour avait alors statué sur la constitutionnalité de la loi, tandis qu'en l'espèce c'est « l'applicabilité » de la loi qui est mise en cause. Toutefois, il est possible de déduire des propos du juge Chouinard que le pouvoir de surveillance et de contrôle comprend le pouvoir traditionnel de surveillance des organismes inférieurs et celui de contrôler la constitutionnalité des lois. Seule une habilitation expresse de la Constitution ou un amendement constitutionnel peut permettre que soit diminué ce pouvoir de surveillance et de contrôle.

De plus la Cour reconnaît que la Cour fédérale a aussi le pouvoir de se prononcer sur la constitutionnalité des lois fédérales. Elle ne possède cependant pas ce pouvoir de façon inhérente. Il s'agit d'une attribution statutaire qui fait de la Cour fédérale « une cour supérieure au sens d'une cour ayant un pouvoir de surveillance »⁷².

Dans un autre arrêt important de 1983, l'arrêt *McEvoy*⁷³, la Cour suprême réaffirma que le Parlement fédéral ne peut pas non plus affecter les attributions essentielles des cours supérieures. Dans cette affaire, la province du Nouveau-Brunswick désirait mettre sur pied une cour de droit criminel unifiée devant juger les crimes, les infractions criminelles et les infractions pénales provinciales. La province devait mettre en place la nouvelle structure et le Parlement fédéral acceptait de lui accorder compétence en matière criminelle. Alors que la Cour d'appel avait validé entièrement la nouvelle cour unifiée, en affirmant que le législateur fédéral était entièrement compétent en matière de droit criminel en vertu de l'article 91 al. 27, la Cour suprême refusa d'entériner le projet.

La *Loi constitutionnelle de 1867* érige en principe fondamental de notre régime fédéral l'indépendance traditionnelle des juges des cours supérieures anglaises et cette indépendance ne peut être moins importante et moins vitale dans l'administration du droit criminel qu'elle ne l'est dans les affaires civiles. Aux termes de la Constitution canadienne, les cours supérieures sont indépendantes des deux paliers de gouvernement. Les provinces créent, maintiennent et organisent les cours supérieures ; le fédéral nomme les juges. Les articles de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui portent sur l'organisation judiciaire garantissent l'indépendance des cours supérieures ; ils s'appliquent aussi bien au Parlement qu'aux législatures provinciales.⁷⁴

On peut rappeler d'abord que dans cet extrait la Cour suprême reconnaît explicitement que la *Loi constitutionnelle de 1867* établit un régime de séparation des pouvoirs. Cette indépendance des juges des cours supérieures a

72. *Puerto Rico c. Hernandez*, [1975] 1 R.C.S. 228, p. 232 (J. Pigeon).

73. *Supra*, note 48.

74. *Id.*, p. 708.

été portée, par la Constitution, au rang de principe sacré auquel on ne peut déroger à aucune condition. Ce régime de séparation absolu entre le législatif et le judiciaire correspond d'ailleurs bien à la conception bicéphale de la séparation des pouvoirs. Le Parlement canadien ne peut donc retirer aux cours supérieures toutes leurs compétences en matière criminelle car cela aurait pour effet de « détruire les cours supérieures ». Bien que la Cour invoque que cela aurait pour effet de priver le gouverneur en conseil de son pouvoir de nomination, on ne doit pas y voir le motif déterminant. Le motif majeur qui ressort des propos des juges est que cela aurait pour effet de mettre en péril le principe de l'indépendance judiciaire.

De plus, on doit ajouter que la Cour a également affirmé que l'octroi d'une compétence essentielle, de façon concurrente, ne permettrait pas de respecter les exigences constitutionnelles :

De plus, lui accorder une compétence concurrente avec celle des cours supérieures n'avancerait guère la cause du nouveau tribunal projeté. La proposition de compétence concurrente repose vraisemblablement sur la théorie selon laquelle un tribunal provincial dont les pouvoirs seraient concurrents plutôt qu'exclusifs n'enlèverait pas aux cours supérieures leur compétence, du moins pas dans la même mesure ; puisque la compétence des cours supérieures n'a pas été figée à partir de 1867, il serait possible de modifier cette compétence pourvu qu'en le faisant, on ne porte pas atteinte à son caractère essentiel ; l'art. 96 n'y ferait pas obstacle parce que la cour supérieure conserverait sa compétence pour juger les actes criminels. Avec égards, nous estimons que c'est là faire abstraction du fait qu'on essaie en l'espèce, par une action commune, d'opérer la transformation d'une cour inférieure en cour supérieure. Selon nous, l'art. 96 s'oppose irréductiblement à une telle entreprise.⁷⁵

L'idée que la concurrence n'est pas possible entre cours supérieures et tribunaux inférieurs se retrouve déjà dans l'arrêt *Séminaire de Chicoutimi*. La Cour suprême refuse qu'un administré puisse se pourvoir en cassation contre un règlement municipal illégal devant la Cour provinciale tout en pouvant se pourvoir en révision en Cour supérieure par action en nullité : la cohabitation est ici constitutionnellement impossible. C'est également cette idée de concurrence qui sera, à certains égards, interdite dans les arrêts *Farrah* et *Crevier*, parce qu'elle aboutissait en la « transformation d'une cour inférieure en cour supérieure ». Dans ces espèces le Tribunal des transports et le Tribunal des professions avaient été transformé en cours supérieures parce que le législateur provincial les habilitait à statuer sur les erreurs de droit et de juridiction commises par des autorités inférieures ; comme il s'agissait pour ces deux tribunaux administratifs de question intra-juridictionnelles, ils se trouvaient protégés par des clauses privatives qui les mettaient à l'abri du

75. *Id.*, p. 721.

contrôle de la Cour supérieure. On comprend alors pourquoi ces clauses privatives ont été déclarées inconstitutionnelles ce qui n'avait pas été le cas jusque là depuis la jurisprudence *Alliance* et *Globe Printing*. Dans cette jurisprudence, toujours en vigueur, il est affirmé qu'une clause privative ne peut empêcher le contrôle judiciaire sur les erreurs juridictionnelles commises par un tribunal inférieur.

La juge Desjardins de la Cour fédérale a avancé dans l'arrêt *Tétreault-Gadoury*⁷⁶ que la jurisprudence *Séminaire de Chicoutimi* serait en quelque sorte périmée lorsque le contrôle de constitutionnalité porte sur la Charte. Certes, cette dernière reconnaît des droits aux individus, mais notre régime constitutionnel l'a fait de tout temps par d'autres voies ; de plus, c'est oublier, comme l'a décrété la Cour suprême en 1985, que l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne modifie pas les principes qui constituent le fondement du contrôle judiciaire.

Il est essentiel que seule une instance judiciaire bénéficiant en plénitude du principe de l'indépendance judiciaire soit habilitée à contrôler la constitutionnalité parce que ce principe d'indépendance a parmi ses raisons d'être, suivant le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Beauregard*, non seulement le partage constitutionnel des compétences et la Charte mais aussi plusieurs dispositions de la Constitution écrite de 1867 notamment le Préambule, l'article 129, ainsi que les articles 96, 99 et 100 ; le juge en chef en conclut :

En résumé, l'histoire de la Constitution du Canada et le droit constitutionnel canadien actuel établissent clairement les racines profondes, la vitalité et le caractère vibrant contemporains du principe de l'indépendance judiciaire au Canada. Le rôle des tribunaux en tant qu'arbitres des litiges, interprètes du droit et défenseurs de la Constitution exige qu'ils soient complètement séparés, sur le plan des pouvoirs et des fonctions, de tous les autres participants au système judiciaire.⁷⁷

Il nous paraît que l'instance judiciaire par excellence envisagée ici est la cour supérieure ou les cours supérieures. Bien auparavant d'ailleurs le Conseil privé avait soutenu que l'indépendance judiciaire est consacrée par les articles 96, 99 et 100 de l'A.A.N.B.⁷⁸

Le juge Desjardins a avancé dans l'arrêt *Tétreault-Gadoury* que les tribunaux administratifs, qui sont d'ailleurs fort variés comme elle le signale, seraient selon « la jurisprudence [...] autonomes en ce qu'ils ne [sont] pas des ajouts ou des prolongements du gouvernement »... « Ils ne sont pas des

76. *Supra*, note 1, p. 6.

77. *R. c. Beauregard*, [1986] 2 R.C.S. 56, p. 73.

78. *Toronto Corporation v. York Corporation*, [1938] A.C. 415 (Lord Atkin, p. 426).

prolongements de l'Exécutif »⁷⁹. La jurisprudence à laquelle se réfère le juge portait sur l'autonomie décisionnelle exigée par les principes du droit administratif et non sur l'indépendance institutionnelle qui prend sa source dans la constitution elle-même. Au plan constitutionnel, les tribunaux administratifs ne font pas partie de la branche judiciaire de l'État mais de la branche exécutive. Lorsque dans l'arrêt *Innisfil* le juge Estey parle de « fonction independent of the Executive branch »⁸⁰ il ne peut être question que d'indépendance ou autonomie fonctionnelle au sein de l'appareil exécutif par l'effet d'une attribution statutaire expresse.

2.3. L'origine de la reconnaissance d'une capacité d'adjudication constitutionnelle aux instances inférieures

S'il est admis que l'origine du contrôle judiciaire de la validité des actes du Parlement est bien le pouvoir traditionnel de surveillance et de contrôle de la common law, conjugué au nouveau contexte créé par le fédéralisme, comment en est-on venu à admettre que des tribunaux inférieurs et même plus récemment des organismes administratifs puissent se prononcer sur la constitutionnalité des lois ?

2.3.1. Les tribunaux inférieurs ayant juridiction pénale

Dans l'arrêt *Big M. Drug Mart*, le juge en chef Dickson affirmait sans nuance que :

L'appelante ne tient pas compte du fait que les cours provinciales ont toujours eu la possibilité de déclarer une loi invalide dans les affaires criminelles. Nul ne peut être reconnu coupable d'infraction à une loi invalide.⁸¹

Le juge en chef n'apporte pourtant à l'appui de son affirmation aucune décision ou référence doctrinale, mais il la greffe sur l'article 52 :

L'article 52 énonce le principe fondamental du droit constitutionnel, savoir la suprématie de la Constitution. De ce principe il découle indubitablement que nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction à une loi inconstitutionnelle. (...) Tout accusé, que ce soit une personne morale ou une personne physique, peut contester une accusation criminelle en faisant valoir que la loi en vertu de laquelle l'accusation est portée est inconstitutionnelle.⁸²

79. *Supra*, note 1, p. 4.

80. *Municipalité Canton d'Innisfil c. Mun. Canton Vespra*, [1981] 2 R.C.S. 142, p. 171.

81. *R. c. Big M. Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 316.

82. *Id.*, 314.

Dans un article publié dans la *Revue du Barreau* en 1952⁸³ Gérard Denis se prononçait contre la reconnaissance à la Cour des sessions de la paix du pouvoir de se prononcer sur la constitutionnalité des lois et des règlements principalement à cause de son statut de cour inférieure et du caractère statutaire de ses attributions. Le célèbre juge Lagarde réagit alors fermement en faveur de la capacité pour la Cour des sessions de prononcer l'inconstitutionnalité d'une loi ou d'un règlement municipal de nature pénale ; il invoquait principalement le droit pour tout accusé à une défense pleine et entière⁸⁴.

Depuis cette époque, de nombreux jugements se sont prononcés en faveur de la capacité des tribunaux siégeant en matière criminelle de se prononcer sur la constitutionnalité des lois.

2.3.2. Les tribunaux inférieurs ayant juridiction civile

La seule décision d'ordre non pénal invoquée dans *Wade Johnson n° 1* est *Ville de Montréal c. Cour provinciale et d'Alcantara*⁸⁵. La Cour devait alors se prononcer sur le refus de la Cour supérieure d'émettre un bref d'évocation avant jugement pour déclarer la cour provinciale incompétente à se prononcer sur le litige principal, soit l'annulation d'une inscription au rôle de perception. Le juge Lajoie affirma alors :

L'article 164 C.P. lui confère expressément ce pouvoir :

L'incompétence *ratione materiae* peut être soulevée en tout état de cause et peut même être déclarée d'office par le tribunal, qui adjuge les dépens selon les circonstances.

Depuis les décisions de la Cour suprême et de notre Cour dans les affaires de *Séminaire de Chicoutimi* et de *l'Association des Enseignants de la Tardivel*, aucun doute ne peut être entretenu sur la compétence de la Cour provinciale de décider de la constitutionnalité de la législation sur laquelle le recours qui lui est soumis est fondé.⁸⁶

Le juge invoque donc ici deux arguments. D'abord de façon générale, l'autorité des deux arrêts cités, puis un argument du même type que celui invoqué par la Cour suprême dans *Séminaire de Chicoutimi*, à savoir la capacité de se prononcer sur sa compétence *ratione materiae*.

Comme on peut le voir, la seule justification invoquée dans toutes ces décisions, qu'elles soient d'ordre pénale ou civile, pour accorder un pouvoir

83. DENIS G., « Juridiction de la Cour des sessions de la paix relative à l'inconstitutionnalité d'une loi », (1952) 12 *R. du B.* 313.

84. LAGARDE, R., « La constitutionnalité d'une loi », (1952) 12 *R. du B.* 401.

85. [1975] C.A. 147.

86. *Id.*, p. 151.

d'adjudication en matière constitutionnelle à des instances inférieures, est la décision *Séminaire de Chicoutimi*.

Il nous semble donc nécessaire de jeter à nouveau un coup d'œil sur le contenu de cette décision, sans négliger celle de la Cour d'appel, qui l'a précédée. Dans cette dernière, un passage doit être relevé :

It is suggested to us that only the Superior Court has the right in first instance to determine questions of constitutional validity. I find nothing in the Code of Civil Procedure to support this view. Article 95, in Title III of Book One, which title is headed « Rules Applicable to All Actions », refers to « the court of this province » (*les tribunaux de cette province*). One of these courts is the Provincial Court, and its competence to decide constitutional questions is therefore recognized by necessary implication.⁸⁷

Dans ce contexte, de quelle façon l'article 95, qui a pour fonction essentielle de permettre au Procureur général de comparaître lorsque la constitutionnalité d'une disposition législative est attaquée, peut-il conférer des pouvoirs de façon implicite⁸⁸ ? À ce sujet, on doit rappeler l'énoncé de la juge L'Heureux-Dubé dans une décision récente de la Cour suprême applicable à tous les tribunaux statutaires :

Le Tribunal du travail est un tribunal administratif qui tire ses pouvoirs de la loi qui le crée. Ceux-ci sont donc limités par sa loi constitutive. En conséquence, le Tribunal et un juge de ce tribunal doivent se conformer strictement aux pouvoirs que leur confère cette loi sous peine d'excès de juridiction ou d'abus de compétence (Pépin et Ouellette, *Principes de contentieux administratif* (2^e éd. 1982), à la p. 19).⁸⁹

Selon cet arrêt de la Cour suprême, un tribunal statuaire n'a que les pouvoirs que la loi lui accorde expressément. Or, l'article 95 du Code n'accorde aucun pouvoir et sûrement pas celui de se prononcer sur la constitutionnalité des lois.

Dans un autre ordre d'idée, nous devons rappeler la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Jabour c. Law Society of B.C.* que nous avons déjà examiné⁹⁰. Dans ce cas, l'on devait trancher la question de savoir si les tribunaux supérieurs étaient toujours compétents pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois fédérales malgré les dispositions de la *Loi sur la Cour fédérale* établissant le pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour fédérale. La Cour suprême affirme alors que cette question revêt un aspect fondamental et qu'on doit retourner aux sources du pouvoir des cours

87. [1970], C.A. 413, p. 415.

88. *Bertrand c. Bussièrès*, [1962] C.S. 480, p. 483 (l'article 48 est devenu article 31 en 1964).

89. *Supermarchés Jean Labrecque c. Tribunal du travail*, [1987] 2 R.C.S. 219, p. 232.

90. *Supra*, note 69.

supérieures pour la résoudre⁹¹. Dans cette optique il est évident que l'octroi d'une compétence de l'ampleur de celle de juger de la validité constitutionnelle des lois à partir de l'interprétation du *Code de procédure civile* est contraire au principe fondamental qui fonde le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois.

Cependant, comme l'énoncé précité de la Cour d'appel a été confirmé par la Cour suprême, il nous semble plus que nécessaire de jeter un regard sur les motifs invoqués par celle-ci. L'extrait pertinent est le suivant :

J'ajouterais que je suis respectueusement d'accord avec la conclusion à laquelle en est venue la Cour d'appel.

C'est que l'incompétence *ratione materiae* ayant été soulevée *in limine litis* et tout au cours du débat par la Cité, comme elle pouvait d'ailleurs l'être d'office par le tribunal selon que l'impliquer l'art. 164 C.P.C., je ne vois guère comment le tribunal pouvait, en l'espèce, comme il en avait le devoir, s'assurer de sa compétence *ratione materiae* et disposer ainsi de l'objection de la Cité, sans se prononcer sur la constitutionnalité de la loi qui lui confère cette compétence. Ces deux questions sont ici inextricablement liées puisque la compétence du tribunal est inéluctablement conditionnée par la constitutionnalité des dispositions législatives qui prétendent la lui conférer.⁹²

S'il est d'accord avec la conclusion, avec le résultat, le juge Fauteux ne semble pas partager les motifs de la Cour d'appel. En effet, pour lui la compétence de la Cour provinciale ne provient pas de l'article 95 du Code de procédure mais de la possibilité pour un tribunal, (en anglais « court »), de se prononcer sur sa compétence *ratione materiae* en vertu de l'article 164 du *Code de procédure civile*. Ainsi la Cour provinciale pouvait se prononcer sur la constitutionnalité de la loi, puisque cela était nécessaire pour établir sa compétence. À ce propos, nous devons faire valoir à nouveau les arguments que nous énoncions à propos de la valeur du raisonnement basée sur l'analyse de disposition du *Code de procédure civile*.

De plus, il est important de bien établir la différence qui existe entre statuer sur l'existence de faits créateurs de juridiction, et se prononcer sur la « valeur » d'une disposition législative. Dans le premier cas, le tribunal n'a pas à statuer sur la validité de la disposition ; il vérifie si certaines conditions sont réunies, si elles sont présentes.

Parmi ces faits on retrouve des faits constitutionnels c'est-à-dire des faits dont la présence est nécessaire pour qu'une autorité législative soit compétente. Bien que ce dernier type de faits forme une catégorie de *jurisdictional fact*, la jurisprudence n'accorde plus de traitement différent selon qu'il s'agit de faits

91. *Id.*, p. 327.

92. *Supra*, note 29.1

juridictionnels ou de faits constitutionnels⁹³. Il est maintenant admis que si un tribunal a à se prononcer sur la présence de faits créateurs de juridiction, les cours supérieures contrôlent la moindre erreur⁹⁴, tout comme elles le feront en présence de faits constitutionnels.

Lorsqu'une instance se prononce sur l'invalidité ou l'inopérabilité d'une disposition législative, elle ne statue pas simplement sur l'existence de certains faits ou conditions, elle décide de la valeur de la norme au regard de la Constitution et décide si elle a droit ou non d'exister au regard de la Constitution. Admettre que les instances inférieures se prononcent sur l'existence de faits constitutionnels n'affecte en rien les pouvoirs dévolus aux cours supérieures ; mais permettre qu'elles statuent sur la valeur constitutionnelle d'une disposition est une toute autre affaire.

Un autre argument que nous désirons faire valoir est le style des propos tenus par le juge Fauteux. Il nous semble, de l'aveu même du juge, que la question était devenue « manifestement académique »⁹⁵ et qu'il s'agit bien là d'un simple *obiter dictum* que la jurisprudence ultérieure a pris pour une *ratio decidendi*.

Conclusion

L'impression qui se dégage de l'analyse qui précède est que la thèse interventionniste repose sur des fondements peu solides : il s'agit d'un château de cartes. Elle conduit, à notre avis, à amputer les cours supérieures d'une de leurs attributions essentielles.

Il a été fermement établi que le véritable fondement du pouvoir de surveillance et de contrôle des cours supérieures, aussi bien en matière de légalité que de constitutionnalité, n'est pas le *Code de procédure civile* mais la common law et la tradition constitutionnelle qui se greffe sur les articles 96 à 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Par ailleurs, cette mission dévolue aux cours supérieures est une juridiction inhérente qui ne pourrait être altérée que par un amendement constitutionnel ; ni le Parlement fédéral ni les législatures provinciales n'ont prise sur elle. Il ne s'agit pas d'une attribution statutaire.

93. Contrairement à ce qu'enseigne MAGNET, J.E., dans « Jurisdictional Fact, Constitutional Fact and the Presumption of Constitutionality », (1980) 11 *Man. L.J.*, 21, p. 23, voir HOGG, *supra*, note 65, p. 162.

94. Voir notamment l'arrêt *Blanchard c. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 R.C.S. 476, voir GARANT, P., « Réforme des tribunaux administratifs et contrôle judiciaire : Les inconsistances et les hésitations du Rapport Ouellette », (1988) 29 *C. de D.* 761.

95. *Supra*, note 66, p. 685 ; aussi PINARD, D., *supra*, note 2, p. 179.

S'agissant d'une juridiction inhérente protégée par la Constitution elle-même, peut-on admettre que des instances inférieures, cours criminelles, civiles ou tribunaux administratifs puissent l'exercer de façon concurrente par inférence nécessaire (*necessary implication*). Le principe qui l'autoriserait devrait avoir valeur constitutionnelle parce qu'il affecte une juridiction inhérente protégée par la Constitution.

Dans le cas de cours criminelles inférieures l'argument qui a été avancé est le principe suivant lequel un accusé a droit à une défense pleine et entière et ne saurait être condamné sur la base d'une loi inconstitutionnelle. Il y a donc là un principe d'ordre constitutionnel qui habilite toute cour criminelle à statuer sur la constitutionnalité de la loi sur laquelle la plainte est fondée. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre l'énoncé du juge Dickson dans *Big M. Drug Mart*⁹⁶. Une cour criminelle inférieure est alors habilitée à déclarer la loi invalide par un jugement qui disposera du litige mais qui vraisemblablement n'aura pas l'effet d'un jugement de cour supérieure.

Lorsqu'on est en présence d'une cour civile inférieure ou d'un tribunal administratif le principe d'ordre constitutionnel qui autoriserait le contrôle de constitutionnalité serait le droit qu'a tout tribunal de statuer sur sa propre juridiction. Un tribunal inférieure aurait donc le pouvoir de statuer sur la constitutionnalité d'une disposition attributive de compétence. D'autres élargissent même la portée de ce principe : il suffit qu'il s'agisse de la loi sur laquelle le recours est fondé. Nous avons démontré que toute cette construction repose sur l'arrêt *Séminaire de Chicoutimi*, un arrêt assez vulnérable.

Nous avons beaucoup d'hésitation à ériger au niveau des principes constitutionnels la règle qui veut que tout tribunal ait compétence pour statuer sur sa propre juridiction, lorsqu'il s'agit d'une attribution statutaire, comme c'est le cas pour les cours civiles québécoises suivant l'article 164 du *Code de procédure civile*; dans les autres cas, tel celui des tribunaux administratifs il s'agit d'une compétence accessoire et implicite. Comme l'a souligné le juge Marceau de la Cour fédérale, comment peut-on admettre que le pouvoir de contrôle de constitutionnalité des lois repose sur une compétence accessoire et implicite dans le cas d'un tribunal inférieur, alors que la cour supérieure détient ce pouvoir en vertu de sa juridiction inhérente protégée constitutionnellement?

À notre avis, si le juge Lamer a eu raison en 1980 de soutenir que les tribunaux inférieurs « quoique soumis » aux pouvoirs de surveillance et de contrôle de la cour supérieure ont le pouvoir de statuer sur la légalité des lois qu'on les invite à appliquer⁹⁷, ce dernier pouvoir cesse d'appartenir à la

96. *Supra*, note 81.

97. *Supra*, note 45.

juridiction inhérente et exclusive de la cour supérieure. Le juge Estey est du même avis que le juge Lamer dans l'arrêt *Northern Telecom* : le contrôle de constitutionnalité appartient aux cours supérieures de compétence générale ainsi qu'« aux cours de juridiction inférieures lorsqu'elles agissent dans les limites de leurs compétences qui est définie par leurs lois constitutives » ; pour appliquer les lois du pays toutes ces cours « doivent [...] déterminer la valeur constitutionnelle de la mesure en cause si le problème se pose »⁹⁸. Jusqu'ici les tenants de cette thèse n'ont pu avancer aucun argument constitutionnel au soutien de leur thèse, si ce n'est que la Charte « ajoute une nouvelle dimension au système juridique canadien », suivant l'expression de la Juge Desjardins. Mais la Cour suprême refuse de voir une telle nouvelle dimension apparaître par l'article 52 de la Constitution de 1982 lorsqu'il est question de contrôle judiciaire de constitutionnalité dans son aspect opérationnel. Ce qui est nouveau dans le système juridique canadien, c'est que la souveraineté parlementaire n'est plus la norme suprême ; par l'effet de l'article 52 de la Constitution de 1982 et de l'article 1 de la Charte, c'est l'équilibre constitutionnel traditionnel qui est modifié, en ce sens que le pouvoir judiciaire, dont les cours de justice sont le dépositaire, est l'arbitre suprême des conflits entre la Charte constitutionnelle et la loi ordinaire. Ce ne sont pas les agents ni du pouvoir législatif ni du pouvoir exécutif qui sont investis de cette mission d'arbitrage. Il est impensable, à notre humble avis, que la Charte puisse avoir cet effet.

Faut-il limiter aux seules cours de justice inférieures ce pouvoir ou l'étendre également aux tribunaux administratifs ? Cette extension heurte un autre principe constitutionnel, soit celui de la séparation des pouvoirs dont l'expression la moins contestée est la séparation entre l'Exécutif et le Judiciaire et débouche sur le principe de l'indépendance judiciaire. Les tribunaux administratifs relèvent du pouvoir exécutif et ne sont pas protégés par le principe d'indépendance judiciaire. Cet obstacle est de taille et à notre avis insurmontable. Admettre que les tribunaux administratifs peuvent statuer sur la constitutionnalité des lois, c'est admettre que des instances constitutionnellement non indépendantes partagent cette tâche avec les cours supérieures.

On objectera peut-être que certains tribunaux administratifs sont plus indépendants que d'autres et pourraient satisfaire aux critères d'indépendance développés par la Cour suprême dans l'arrêt *Valente*⁹⁹. Cette distinction n'est guère satisfaisante car elle crée un climat d'incertitude incompatible avec celui qui devrait entourer le contrôle de constitutionnalité. Par ailleurs, il ne

98. *Supra*, note 14.

99. *Valente c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 673.

faut pas confondre, comme nous l'avons mentionné, l'autonomie ou indépendance décisionnelle et l'indépendance institutionnelle qui, elle seule, concerne le droit constitutionnel, comme l'a rappelé la Cour suprême dans l'arrêt *Valente*.

Les arguments pratiques qu'invoquent les tenants des deux thèses ne sauraient atténuer l'importance des arguments théoriques étudiés, car ils ne sont pas de même nature. Les avantages économiques, les convenances, l'expertise technique dont bénéficient les tribunaux spécialisés etc. n'ont rien à voir avec les principes fondamentaux qui gouvernent le contrôle de constitutionnalité des lois.

Si la réponse à la question posée en introduction devait être affirmative, elle défierait toute logique constitutionnelle. En attendant que la Cour suprême se prononce de façon définitive, nous persistons à croire qu'il y a un enjeu considérable qui ne devrait pas être minimisé : l'enjeu c'est l'affadissement ou la dilution de la notion même de cour supérieure et l'assimilation des tribunaux administratifs aux

cours visées à l'article 96 (qui) doivent continuer d'exercer leur rôle exclusif qui consiste à résoudre les questions judiciaires fondamentales d'ordre public et de principe ou, comme l'a dit le juge Estey, ces « difficultés sérieuses et souvent profondes qui surgissent dans la collectivité » qui, selon la Constitution, doivent manifestement relever de leur compétence, voir Renvoi : Family Relations Act (C.-B.), précité, à la p. 107.¹⁰⁰

100. Le juge La Forest, dans *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226, p. 251.